

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - MALA PRAXIS - MUERTE DE UN HIJO - PERSONA POR NACER - PARTO - HISTORIA CLÍNICA - PERICIA MÉDICA - INDEMNIZACIÓN - DAÑO MORAL - PÉRDIDA DE LA CHANCE - LEGITIMACIÓN ACTIVA - PRUEBA - CONCUBINATO

Partes: P. M. L. y otro c/ V.R. y otro | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes

Fecha: 12-ago-2011

Cita: MJ-JU-M-69041-AR | MJJ69041

Producto: MJ,SYD

Responsabilidad civil del obstetra y del establecimiento asistencial como consecuencia del nacimiento sin vida del hijo de los actores, derivada de la mala praxis incurrida, por no haber realizado un adecuado control durante el trabajo de parto.

Sumario:

1.-Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia que responsabilizó al médico obstetra y al establecimiento asistencial -clínica- por los daños y perjuicios ocasionados a los actores por el nacimiento sin vida de su hijo, pues, la pericia es terminante en cuanto a que la historia clínica no es completa, y en cuanto a que hubo un lapso de horas, durante el período dilatante del trabajo de parto de la actora, en que no se efectuó el control cada 30 minutos de la frecuencia, intensidad y duración de las contracciones uterinas y en especial de la frecuencia de los latidos fetales, de manera de poder detectar a tiempo cualquier alteración de estos últimos y actuar rápidamente para evitar la muerte del feto, todo lo cual se agrava si se tiene en cuenta que el galeno demandado no contaba con la colaboración de parteras, no siendo suficiente, por falta de idoneidad al efecto, la asistencia de enfermeras, y siendo así existió mala praxis, además, la pobreza de la historia clínica conduce a reforzar la presunción de falta de diligencia y cuidado con que obró el profesional médico.

2.-Cabe rechazar el recurso de apelación impetrado por el obstetra que resultó condenado a indemnizar a los actores por el nacimiento sin vida de su hijo, ya que si bien alega que no está demostrada la relación causal entre la conducta omisiva atribuida y la muerte de la criatura por nacer, la información brindada por el perito médico permite concluir que la muerte del feto se debió a la probabilidad cierta de la mala praxis incurrida por el profesional demandado, es decir, a la falta de control adecuado durante el trabajo de parto, que hubiera permitido detectar a tiempo cualquier alteración en la frecuencia cardíaca del niño por nacer -posible asfixia perinatal-, y de esa manera actuar con rapidez para evitar la muerte, por lo tanto, se dan todas las circunstancias de la causalidad adecuada presunta.

3.-Cabe confirmar la sentencia de primera instancia que responsabilizó al médico obstetra por los daños y perjuicios ocasionados a los actores por el nacimiento sin vida de su hijo, ya que la mala praxis está

probada, y si bien el apelante hace hincapié en que no se pudo determinar a ciencia cierta la causa de la muerte porque los actores se negaron a que se realizara una autopsia, lo cual fue admitido por ellos, es evidente que la necesidad de hacerla, el requerimiento a los padres para ello y su respuesta, por su importancia, debió ser asentado en la historia clínica, omisión que hace pesar sobre el médico obstetra una presunción de responsabilidad, por otro lado, tampoco ordenó el médico un estudio hispatológico de cordón umbilical y placenta para conocer la existencia de anomalías o patologías que hubieran permitido conocer la edad gestacional del feto y descartar la muerte por parto prologando.

4.-Resulta improcedente el agravio del médico demandado, en cuanto cuestiona que la sentencia de primera instancia indemnice el daño moral de los padres, derivado del nacimiento sin vida de su hijo, por cuanto a su entender no se trata de una consecuencia inmediata de la falta de cumplimiento de la obligación, ya que la consecuencia es mediata cuando resulta de la conexión del hecho con un acontecimiento distinto, por consiguiente, si ello es lo que lo define no se advierte por qué el daño moral no sería una consecuencia inmediata o directa, dado que es evidente que el sufrimiento de los padres con motivo de la muerte del hijo que esperaban antes de nacer -causado por la mala praxis incurrida por el demandado- es una consecuencia inmediata y directa de ello dado que no deriva de la conexión con un hecho distinto.

5.-Corresponde otorgar a los actores una indemnización por la pérdida de chance de ayuda futura del hijo que naciera muerto, pues, ésta es una consecuencia inmediata del incumplimiento de la obligación, dado que lo que se indemniza en estos casos no es la pérdida de ayuda sino sólo la posibilidad que los padres perdieron de que el hijo los ayudara en su edad madura y tal pérdida de chance o de posibilidad, como tal, es una consecuencia directa de la muerte del hijo concebido, debiendo señalarse que esta interpretación es la que mejor se compadece con el principio de la reparación integral, y con la satisfacción del derecho a la reparación, en tanto que una interpretación contraria conduciría a la inconstitucionalidad del art. 520 del CCiv., solución a la que no debe arribarse si existe una interpretación que salve la validez de la norma, es decir, si existe una interpretación conforme a la Constitución.

6.-Debe rechazarse el agravio del médico demandado, en cuanto alega que el actor carece de legitimación para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios derivados del nacimiento sin vida del niño, por no existir constancia de que fuera el padre y de la unión concubiniaria con la madre, pues, si bien le asiste razón en cuanto a que el certificado de defunción es inidóneo para acreditar la paternidad del actor, dado que la muerte se produjo antes del alumbramiento, de manera que no debió extenderse un certificado de defunción de alguien que nunca existió -art. 74 CCiv.-, sino un certificado de defunción fetal, aquél sirve de indicio, ya que contiene datos que evidentemente tienen que haber sido proporcionados por alguno de los actores en momentos en que es impensable que estuvieran de mala fe armando un elemento de prueba ficticio para una demanda fraudulenta, además, la pericial psicológica hace alusión a la relación de concubinato de los actores desde antes del hecho y a que el embarazo era producto de esa unión, sin que al respecto haya mediado observación alguna por parte del demandado, lo cual también surge de las declaraciones testimoniales del Beneficio de Litigar sin Gastos, que tampoco fueron objetadas.

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los doce días del mes de agosto del año dos mil once, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces Luis Tomas Marchiό y Emilio Armando Ibarlucía el primero en carácter de miembro permanente de esta Sala y el segundo en su condición de Presidente de esta Excma. Cámara, interviniendo en el presente en virtud del art. 4 Ac. Extraordinario del 25/09/08 por encontrarse el Dr. Tomas Martín Etchegaray con licencia médica al momento de efectuarse el sorteo de ley, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° 27.239 caratulado "P., M. L. Y OTRO c/V. R. Y OTRO s/DAÑOS Y PEJUICIOS"

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal.

PRIMERA. ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 326/45 en cuanto es materia de apelación y agravio?

SEGUNDA. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: doctores Emilio Armando Ibarlucía y Luis Tomas Marchió.-

A LA PRIMERA CUESTION: El Señor Juez Dr. Emilio Armando Ibarlucia dijo:

I.- La sentencia de fs. 326/45 es apelada sólo por el demandado Roberto Vicente y por los actores, quienes expresan agravios a fs. 361/68 y 369/75 siendo contestados a fs. 380/86 y 377/79 respectivamente.

II.- 1.- La Sra. María Luján Peña y el sr. Ricardo Luis Alonso promovieron demanda contra el Dr. Roberto Vicente y la Clínica del Carmen de Chivilcoy por indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo del nacimiento sin vida del niño que la primera esperaba dar a luz el día 7/01/02 en la clínica demandada.

Dijeron que vivían en pareja desde el año 2000 y que, como fruto de esa unión, en marzo de 2001 la actora quedó embarazada, siendo atendida por el Dr. Vicente, quien le dijo que la fecha probable de parto era el 20/12/01. Expresaron que durante el embarazo se realizaron dos ecografías, de las cuales resultó que era normal, efectuándose los controles sin que surgieran inconvenientes.

Llegada la fecha probable de parto - manifestaron -, el Dr. Vicente les dijo que debían esperar, pese a lo cual concurrían casi diariamente al consultorio para pedirle que "apurase" el nacimiento mediante una cesárea, pero el demandado les decía que debían esperar a que el parto fuera natural. Así las cosas, el día 7/01/02 a las 8 hs., pese a la indicación en contrario del médico del día anterior, se internó en la clínica demandada y a las 9 hs., al concurrir el Dr. Vicente, le volvieron a pedir que realizara una cesárea, a lo que se negó por insistir en el parto natural.

El Dr. Vicente - continuaron diciendo - le suministró un medicamento para inducir la dilatación y se retiró del establecimiento para pasar el día en una quinta, indicando que, si para las 17 hs. no había novedades realizaría una cesárea. Como la actora continuaba con fuertes dolores pero sin dilatación, se la internó a las 14.40 hs. en la sala de partos, donde estuvo casi una hora esperando que llegara el médico. A las 15.40 hs. nació la criatura, y luego que, en un principio, se le dijera que estaba todo bien, se le informó que el bebé había tenido un paro cardíaco por asfixia con el cordón umbilical. Agregaron que la actora fue dada de alta a las 20 hs. y en ese momento el Dr. Vicente les dijo que, al revisarla a las 13.30 hs, había advertido que el bebé estaba muerto al no sentir los latidos.

Fundaron la demanda contra el Dr. Vicente en que había actuado con negligencia, impericia e imprudencia, toda vez que había demorado la realización del parto poniendo en peligro la vida del niño por nacer y de la madre. Sostuvieron que la especialidad de la obstetricia implicaba una obligación de resultado. Respecto de la clínica dijeron que su responsabilidad era por un deber de garantía respecto de la conducta de los ejecutores de la prestación médica.

Pidieron indemnización por: a) gastos de sepelio; b) pérdida de chance (ayuda económica futura del niño por nacer); c) daño moral; d) daño psicológico, gastos de atención médica y tratamiento

psicológico-psiquiátrico, y e) gastos de traslado, medicamento y otros no documentados.

2.- Contestó la demanda Clínica Privada Nuestra Señora del Carmen negando todos los hechos alegados, con excepción de la internación a las 8 hs. del día 7/01/02. Dijo que fue llevada a la sala de partos, donde, luego de ser inducida la dilatación por el Dr. Vicente, se produjo el parto natural, naciendo el feto muerto. Como llamó atención al médico la deformación craneoencefálica, se les pidió autorización para realizar una autopsia, a lo cual los actores se negaron.

Respecto de la responsabilidad endilgada a la clínica, fundó jurídicamente las razones por las cuales estimaba que era improcedente (especialmente que no había relación de dependencia del médico con la institución). Subsidiariamente, negó que en el caso pudiera hablarse de relación de causalidad entre el obrar del médico y la muerte del niño por nacer. Impugnó la pretensión resarcitoria respecto de todos los rubros.

3.- El Dr. Vicente, por medio de apoderado, contestó la acción, negando la versión de los hechos dada por los actores. A diferencia de éstos, dijo que, según su registro informático, la fecha probable de parto, de acuerdo a la última menstruación, sería el 2/01/02, y, según la ecografía, el 25/12/01.

Continuó diciendo que se le realizaron dos ecografías durante el embarazo y que por el último control - el día 27/12/01 - se registró NST reactivo, o sea frecuencia cardíaca fetal normal, siendo de destacar que la actora había tenido tres años antes un parto normal. Agregó que la antropometría fetal arrojaba que no se trataba de un feto macrosómico.

Negó que la actora concurreniera al consultorio diariamente en esos días, pero que, aún cuando hubiera sido así, el Dr. Vicente con buen criterio les decía que debía esperarse la evolución normal de la gesta, dado que todo era normal. Al respecto, adujo que la cesárea no era el camino normal para terminar el embarazo, y que la misma tenía indicaciones precisas (desproporción cefalopélvica, desprendimiento de placenta, placenta previa, cesárea anterior, sufrimiento fetal, ruptura prematura de membranas y presentación pelviana), ninguna de las cuales se daba, además de ser contraindicado dadas las complicaciones que habitualmente generaba. Por lo tanto de ninguna manera se postergó el parto por su comodidad.

Agregó que la actora se internó por su indicación, con embarazo de término - 40,5 semanas de gestación - en trabajo de parto con vitalidad fetal normal, y que fue controlada en varias oportunidades por él hasta el momento del parto. Reconoció que no había quedado constancia de ello en la historia clínica - error habitual - pero que la actora lo admitía cuando decía que no tenía dilatación, circunstancia que sólo podía saber por su intermedio. Adujo que fue correcta y normal la inducción del parto - que se prolongó durante ocho horas - y que a las 14.40 hs. ordenó la internación en la sala para el nacimiento, pero que una hora antes de lograrse la dilatación necesaria, imprevisiblemente, el feto falleció dentro del útero. Como los actores no aceptaron que se hiciera una autopsia, no pudo saberse la causa del fallecimiento, el que pudo deberse a múltiples razones, todas imposibles de diagnosticar por ecografía, monitoreo o examen físico de la gestante.

Alegó que no había habido mal obrar médico de su parte y tampoco relación de causalidad entre la muerte del feto y su actuación.

En relación al resarcimiento, dijo que, siendo la responsabilidad endilgada de tipo contractual, los límites del mismo estaban dados por las consecuencias inmediatas y necesarias del presunto incumplimiento.

Respecto del actor Alonso negó que fuera el padre de la criatura por nacer, desconociendo que el certificado de defunción acompañado lo acreditara, no constándole la unión concubiniaria denunciada, y

por lo tanto que carecía de acción. En relación al reclamo por pérdida de chance, dijo que era improcedente por no tratarse de una consecuencia inmediata y necesaria. Impugnó la procedencia y montos de los demás rubros reclamados.

4.- Contestó la citación en garantía La Economía Comercial S.A. Seguros Generales, negando los hechos denunciados en la demanda y pidiendo su rechazo.

III.- Luego de producida la prueba se dictó sentencia, haciéndose lugar a la demanda contra ambas demandadas y la citada en garantía. Para así decidir, la jueza comenzó por señalar que si bien la responsabilidad médica era subjetiva, existía una tendencia general a aliviar la carga del paciente de probar la culpa del médico, dado que, como en general dicha prueba era difícil, cobraba valor la prueba de presunciones que debía surgir de indicios aportados por la actora.

Sobre esa base dijo la magistrada que surgía de la pericial médica que la historia clínica era incompleta, de forma tal que faltaban datos que permitieran determinar la causa de la muerte del feto. Teniendo en cuenta, además, otros indicios concluyó que debía presumirse la culpa del médico.

Así, sostuvo la jueza que surgía de la prueba pericial que había habido un lapso de 6 hs. en el cual no se habían registrado controles, lo cual era indicativo de la despreocupación del médico, toda vez que era durante el transcurso del período dilatante en que ocurrían la mayor parte de los problemas que podían transformar un parto de evolución normal en uno de riesgo con aumento de mortalidad neonatal, por lo cual era necesario detectar las complicaciones con rapidez y actuar de inmediato.

La falta de controles surgía no sólo de las omisiones de la historia clínica - dijo - sino también de la prueba confesional, y que, aún cuando se hubiera efectuado un control a las 11 hs., era evidente que no se habían practicado procedimientos suficientes para garantizar el bienestar del feto. Sostuvo que el control era necesario porque, según el informe pericial, la asfixia perinatal ocurría en un 70 por ciento en relación con el parto y además la actora cursaba el máximo correspondiente a un embarazo de término, toda vez que habían transcurrido, según la libreta sanitaria, 18 días de la fecha probable de parto.

Agregó la magistrada que era llamativo que, habiendo pasado 8 hs. del comienzo del período de dilatación, y constatándose a las 13.30 hs. que no había latidos fetales, el médico no hubiera tomado medidas, sino que, por el contrario, había esperado más de dos horas para que se produjera el parto natural, para finalmente extraer un feto muerto sin asentar en la historia clínica los datos mínimos sobre su aspecto, como que tampoco se ordenara - ante la negativa de los padres que se hiciera una autopsia - un estudio del cordón umbilical y la placenta.

Expresó también que constituía un indicio en contra del demandado que hubiese reconocido al contestar la demanda que se trataba de un feto normal, sin alteraciones en su frecuencia cardíaca.

Entendió que Clínica del Carmen era responsable en virtud de una obligación de garantía y también por una obligación tácita de seguridad.

Fijó los siguientes montos indemnizatorios: a) gastos de sepelio: \$ 300; b) pérdida de chance de ayuda económica para ambos padres: \$ 30.000; c) daño moral: \$ 50.000 para la madre, y \$ 15.000 para el padre; d) daño psicológico: para la actora: \$ 9000, y por tratamiento: \$ 7.200, todos ellos con más la tasa pasiva de interés. En cuanto a los gastos no documentados los rechazó.

IV.- 1.- El codemandado Dr. Vicente en su expresión de agravios comienza por alegar que la afirmación de la sentencia en cuanto a que hubo una deficiencia en el control del trabajo de parto se basa en una inadecuada valoración de la prueba, toda vez que, si bien es cierto que en la historia clínica

no se registraron todos los actos de control, ello no evidencia la negligencia del médico. En efecto - sostiene - de la pericial médica surge que a las 11 hs. le dijo a la paciente que estaba todo bien y que volvería a revisarla, lo cual sólo podía afirmarse si ya lo había hecho, y, aún siendo cierto que no permaneció todo el tiempo en el establecimiento, estuvo en permanente contacto con el personal auxiliar que controlaba a la paciente y le brindaba información sobre la evolución del período dilatante (acreditado mediante las testimoniales de la enfermeras).

En cuanto a la relación de causalidad entre el hecho imputado y la muerte del feto sostiene que no existe prueba alguna.

Al efecto dice: a) que no se trató de un embarazo prolongado, dado que este es aquel que supera la semana 42 y la actora cursaba la 40,5 según la ficha de consultorio, y la 42 según la libreta sanitaria.; b) que no había indicación de cesárea; c) que no se conoce la causa de la muerte porque los actores se negaron a la realización de la autopsia; d) que según el perito médico un 26 % de las muertes fetales no tenían explicación médica o eran evitables; e) que está probado que a las 11 hs. revisó a la actora; f) que a las 13.30 hs. se constató la inexistencia de latidos fetales; g) que en consecuencia el período "en blanco" sólo es entre las 11 y las 13.30 hs.

De ello se deduce, según su criterio, que las supuestas omisiones atribuidas no fueron la causa de la muerte fetal sino que, en todo caso, habrían hecho perder una chance de advertirla a tiempo, y, en su caso, de poder revertirla con una alta probabilidad de fracaso. Pero la pérdida de chance de nacer con vida - sostiene - no es lo mismo que ser causante de la muerte del feto. Lo primero es "chance de causalidad" o "chance de curación", lo que no es indemnizable. La duda acerca de si se habría curado debe interpretarse a favor del demandado y no al revés. De no entenderse así - agrega - se transmuta la naturaleza de la obligación, convirtiéndola en una de resultado, cosa que no es.

Respecto de los rubros indemnizatorios reconocidos, expresa que vulneran los límites del resarcimiento en materia de responsabilidad contractual, toda vez que sólo es reparable el daño que sea consecuencia inmediata y necesaria del obrar médico (art. 520 C.C.). Por ello, sostiene que es improcedente la admisión de la indemnización de la pérdida de chance de ayuda futura, toda vez que se trata de una consecuencia mediata. Lo mismo ocurre con el daño psicológico y el daño moral.

Se agravia también de la aceptación de la legitimación del actor Alonso ya que, según dice, no acreditó en autos ser el padre de la criatura que naciera sin vida.

En cuanto a los montos fijados, se queja de que son desmesurados. Respecto de la pérdida de chance de ayuda económica por tener la actora cuatro hijos y en relación al daño psicológico y al moral por superponerse.

2.- La parte actora se agravia en primer lugar de los montos fijados por pérdida de chance de ayuda económica por estimarlos bajos, teniendo en cuenta que, tratándose de personas pobres aquella es mayor. También se queja de los montos por daño moral, psicológico y tratamiento por considerarlos bajos.

3.- En la contestación de esta última expresión de agravios, la demandada insiste con lo dicho en su memorial, y en la contestación de la parte actora, especialmente dice que es ofensivo la negativa de la paternidad, insistiendo en lo que surge del certificado de defunción.

V.- 1.- Defensa de legitimación del sr. Ricardo Luis Alonso.

Por razones de orden lógico comenzaré tratando esta defensa que fue esgrimida en la contestación de demanda (fs.90/91) pero no fue tratada en la sentencia, omisión que es objeto de agravio por parte del

demandado apelante.

Asiste razón a este último en cuanto a que el certificado de defunción es inidóneo para acreditar que el Sr. Alonso era el padre del niño por nacer. Ello así porque está incontrovertido que la muerte se produjo antes del alumbramiento (es el sustento de la demanda), de manera que incorrectamente se extendió un certificado de defunción de alguien que nunca existió (art. 74 C.C.), cuando, como dice el perito médico a fs. 264 debió otorgarse un certificado de defunción fetal.

Dice el apelante que no se ha producido prueba respecto de la paternidad o de la unión concubinaria, señalando que del poder acompañado surge que los actores viven en domicilios diferentes. No considero esta circunstancia fundamental dado que, como dice la actora, es muy común que los escribanos dejen constancia de los domicilios que figuran en los DNI, que no siempre están actualizados.

Entiendo que distintos indicios hacen presumir la paternidad del señor Alonso respecto de la criatura gestada (art. 384 C.P.C.). En primer lugar, la pericial psicológica de fs. 235/38 hace alusión a la relación de concubinato de los actores desde antes del hecho de autos y a que el embarazo era producto de esa unión, sin que al respecto haya mediado observación alguna por parte del demandado (arts. 473 y 474 C.P.C.). En segundo lugar, dicha relación surge de las declaraciones testimoniales del Beneficio de Litigar sin Gastos (fs. 19/20 y 37/40), que tampoco fueron objetadas por el accionado, quien consintió el otorgamiento de la franquicia a ambos. Finalmente, si bien el certificado de fs.21 no es válido como tal, sirve como indicio, dado que aparece extendido el día 9/01/02 y figuran los actores como padres (Ricardo Luis Alonso y María Luján Peña), datos estos que evidentemente tienen que haber sido proporcionados por alguno de ellos en momentos en que es impensable que estuvieran de mala fe armando un elemento de prueba ficticio para una demanda fraudulenta.

Por consiguiente, considero que debe rechazarse el agravio analizado.

2.- Responsabilidad.

2.1.- La mala praxis médica imputada.

No está controvertido en autos que la obligación asumida por el profesional demandado fue de medios y no de resultado. Es decir, se comprometió a atender a la actora durante el embarazo y el parto, haciendo a tal fin todo lo que la ciencia médica indica que debe hacerse para que la criatura concebida nazca con vida, al tiempo de que no corra riesgo de vida ni se deteriore la salud de la madre.

Tampoco está controvertido que la atención del embarazo fue correcta. La discusión se plantea en cuanto a que, mientras los actores sostienen que el Dr. Vicente demoró más de lo debido el nacimiento del bebé, negándose a practicar una cesárea, aquel afirma que el tiempo de gestación era "a término" cuando la Sra. Peña se internó en la clínica y tuvo lugar el parto. Aquella demora, unido a la falta de control de la paciente y del feto durante las horas que duró la gestación y la falta de práctica de la cesárea en tiempo oportuno, son, a criterio de la actora, las conductas (omisivas) constitutivas de mala praxis médica, hecho ilícito este imputable a título de culpa (art. 512 C.C.).

Como se ha dicho hasta el cansancio, en este tipo de juicios fundamental es la prueba pericial médica, ya que los jueces carecemos de conocimiento sobre la ciencia médica (Sala 1 Dep., causa n° 112.890, "Carballo c.Ramos Iglesias", del 29/06/10). Surge de la presentada en autos que, de acuerdo a la primera ecografía, la fecha probable de parto era el 26/12/01 "+ - 3 días", siendo ese criterio de estimación más exacto que el de la última menstruación (fs. 263vta.). Más adelante informa el experto que de acuerdo a aquel criterio, al momento de comenzar el trabajo de parto (7/01/02), la edad gestacional del feto era de 41,5 semanas "+ - 3 días", y aclara que se considera que un embarazo a

término es el que oscila entre 38 y 42 semanas, por lo que concluye que al producirse el parto el de la Sra. Peña era calificable de esa manera (fs. 265). Estas consideraciones no fueron objeto de pedido de explicaciones por la actora (art. 473 C.P.C.)

En consecuencia, la primera cuestión despejada es que al internarse la actora en la clínica no existía un retraso que obligara a practicar una cesárea (arts. 384 y 474 C.P.C.).

La cuestión a resolver, entonces, es si durante el período de internación, que transcurrió entre las 8 hs. y las 15.30 hs. (hora del parto, conf. fs. 259) el demandado incurrió en conductas (activas u omisivas) contrarias a lo que la ciencia médica en la especialidad de la obstetricia aconsejaba.

No está controvertido que revisó a la paciente apenas se internó (entre las 8 y las 9 hs.), y que indicó medicación para que se indujera el parto - o sea que comenzara el proceso de dilatación -, que es lo que corresponde en estos casos. Según los informes del perito médico, la actora le dijo que a las 11 hs. fue vista por el Dr. Vicente quien le dijo que estaba "todo bien y que volvería a revisarla" (fs. 258), y lo mismo le expresó a la perito psicóloga (fs.235vta.). Si bien no se asentó en la historia clínica esta visita estimo que debe tenérsela por cierta dado que no fue objetada por la actora (art. 473 C.P.C.) y tampoco es negada al contestarse los agravios (fs. 380/86).

Ahora bien, de ello no se desprende en qué consistió la revisión que el médico hizo y el resultado que la misma arrojó, dado que no se asentó en la historia clínica. En tal sentido debe tenerse en cuenta que es abundante y pacífica la jurisprudencia - comenzando por la casación provincial - que considera que las omisiones o faltantes de ese instrumento implican una presunción en contra del profesional de la medicina, recayendo sobre él la obligación de desvirtuarla (SCBA, Ac. 82.684, 31/03/04; C. 98.597, 7/04/09, entre otros; Trigo Represas-López Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2004, T. II, p. 335/36).

La historia clínica recién registra que a las 13.30 hs. el médico la revisó constatando que tenía 3 contracciones cada 10 minutos de 40 segundos cada una, y que no se auscultaban latidos fetales; a las 15.30 hs. se realizó el parto eutósico, extrayéndose el feto muerto (fs. 259).

El informe del perito médico es claro en cuanto a que durante el período dilatante (que comienza con las contracciones hasta la dilatación completa de cuello uterino, estimada en 10 cm.) es imperiosa la correcta atención, dado que es cuando ocurren la mayor parte de los problemas que pueden transformar un parto de evolución normal en uno de riesgo con aumento de la mortalidad neonatal, toda vez que muchas de las muertes fetales inexplicables se deben a una deficiente atención en ese período. Agrega el experto que para evitar que ello ocurra el control durante el período dilatante permite detectar con rapidez las complicaciones que pueden aparecer en forma inesperada y de esa manera solucionarlas de inmediato. Para ello se deben controlar la frecuencia, la intensidad y la duración de las contracciones uterinas y la respuesta de la frecuencia cardíaca fetal a estas últimas. En ausencia de otras complicaciones - dice - la frecuencia del latido fetal se debe evaluar inmediatamente después de unas contracciones como mínimo cada 30 minutos durante el período dilatante, y para evaluar el progreso del parto se debe realizar un tacto vaginal cada 2 o 3 horas. Asimismo, los patrones de contractilidad uterina (tono, frecuencia, intensidad, duración), se deben controlar cada 30/60 minutos. Dice que esta normativa permite detectar la mayoría de los casos de alteración fetal en el período dilatante. Más adelante expresa que es importante valorar la frecuencia de los latidos fetales por minuto, la cantidad de contracciones cada 10 minutos y el tono uterino, como así también el monitoreo fetal que da un diagnóstico más certero de asfixia fetal o no (fs. 264vta.). Aclara también que la presencia de latidos fetales positivos solamente indica que el feto está vivo pero no su estado de vitalidad (fs. 265vta.).

Respecto de la historia clínica es terminante el perito en cuanto a que no es completa: no surge de la misma el estado del cuello uterino, el grado de descenso fetal, el tono uterino, ni la cantidad de latidos

fetales por minuto a su ingreso a las 7 hs. Recién a las 13.30 hs. se asientan las contracciones y la dilatación, dejándose constancia de que no se auscultan latidos fetales. O sea que hay un lapso de 6 hs. en que no se registran controles, siendo que en ese período ocurre el deceso. Luego se registra el parto eutósico (alumbramiento normal) con feto muerto, sin que figure el sexo, el peso ni la edad gestacional de acuerdo al examen físico. No surge de la historia si el feto tenía alguna malformación o si los anexos (placenta y cordón) presentaban alguna anomalía, como tampoco si se pidió autopsia fetal o estudio histopatológico de la placenta y el cordón a fin de determinar la posible causa del deceso (fs. 64 y 263/64).

Al absolver posiciones reconoció el demandado que la clínica carecía de obstetras y de parteras, y además que él trabajaba sin el auxilio de estas últimas (fs. 229/30).

Está claro, entonces, la mala praxis (hecho antijurídico culpable) en que incurrió el demandado: durante el período dilatante del trabajo de parto de la actora no efectuó el control cada 30 minutos de la frecuencia, intensidad y duración de las contracciones uterinas y en especial de la frecuencia de los latidos fetales, de manera de poder detectar a tiempo cualquier alteración de estos últimos y actuar rápidamente para evitar la muerte del feto. Todo ello se agrava si se tiene en cuenta que el Dr. Vicente no contaba con la colaboración de parteras, no siendo suficiente (por falta de idoneidad al efecto) la asistencia de enfermeras (declararon estas a fs. 291/94, pero nada aportan a lo que en autos interesa, además de estar sus testimonios comprendidos en las generales de la ley por ser dependientes de la clínica, art. 439 C.P.C.). La pobreza de la historia clínica (omisiones y falta de registraciones aludidas), como ya dije, conduce a reforzar la presunción de falta de diligencia y cuidado con que obró el profesional demandado. Cabe señalar que si bien la obligación que compete a los médicos es de medios y no de resultado, la jurisprudencia ha dicho en más de una oportunidad que las diligencias que tal tipo de deberes implica debe apreciarse severamente (arts. 512, 902 y 909 C.C.) (ver Trigo Represas-López Mesa, ob. cit. ps.350/51).

2.2.- La relación de causalidad entre la mala praxis y la muerte del feto.

El demandado apelante - en una notable y valiosa expresión de agravios de su letrado apoderado - hace especial hincapié en que no está demostrada la relación causal entre la conducta omisiva atribuida y la muerte de la criatura por nacer. Como ya se dijo, insiste en que no puede hacérselo responsable por una causalidad eventual o virtual.

Ciertamente, la causalidad es el elemento de la responsabilidad civil más complejo y difícil de acreditar cuando de responsabilidad médica se trata. Ello así porque normalmente el paciente ya "viene con una enfermedad" y el médico se compromete sólo a poner todos sus conocimientos para curarlo o, en su caso, para mitigar o paliar el dolor, pero no puede asegurar el resultado, dado que diversos imponderables, derivados o vinculados con la enfermedad preexistente, pueden hacer que aquello no se logre (ver: Weingarten, Celia, "La relación de causalidad y la discrecionalidad científica", en Ghersi, Carlos (Coord), "Responsabilidad médica", Ed. Forense, 1998, p. 79).

Precisamente por ello, como ha dicho el Dr. Alberto Bueres en un importante fallo como integrante de la Sala D de la C.N.Civil ("Turón c. Municip. de Buenos Aires", 29/02/96, J.A. 1996-IV-386), en Francia algunas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales desarrollaron la teoría de la causalité virtuelle, con arreglo a la cual aunque no se demuestre la relación de causa a efecto entre el hecho del médico y la muerte o el empeoramiento de la salud del paciente, corresponde conceder a este una indemnización con fundamento en la equidad y a título de pérdida de chance de sobrevivida o de curación. En el mismo voto el Dr. Bueres - siguiendo sus puntos de vista volcados en su obra "Responsabilidad civil de los médicos", Hammurabi, Bs. As., 1992, T. I, p.331 y ss.) - destacó que la teoría no era compartible dado que en nuestro derecho le cabía al actor la prueba de la relación causal, al menos en la fase primaria, puramente material (art. 375 C.P.C.).

No obstante, el Dr. Bueres señaló en el fallo indicado que si se probaba un contacto físico entre el actuar (riesgoso, culposo) y el daño, y no se podía conocer a ciencia cierta cuál había sido estrictamente la causa, ello no era obstáculo para que los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, pudieran dar por cierta la relación causal, ya que, por ser en extremo dificultosa la demostración, debían aligerarse o flexibilizarse las exigencias probatorias. "Se ha dicho, en tal sentido, - expresó - que no es cuestión de deducir 'sic et simpliciter' la causalidad sin una aportación de pruebas, pero el rigor sobre el particular debe mitigarse, al objeto de que quien ocasiona o transmite enfermedades no diluya su responsabilidad... De ahí que cuando las reglas de la experiencia indiquen que un hecho debió ser causa del daño, según el buen sentido del juzgador, la relación de causa a efecto se dará por cierta". A continuación aclaró que "estos mecanismos, basados en razonables criterios de probabilidad, tipicidad, habitualidad, etc. (doct. art.906 C.C.)" no guardaban parentesco con la doctrina de la causalité virtuelle defendida por parte de la jurisprudencia francesa.

En el caso, el magistrado encontró probado que el hospital había incurrido en una serie de negligencias, de manera tal que había habido una creación culpable de un estado de peligro o riesgo injustificado por el cual debía tenerse por revelado el nexo causal (teoría también francesa de la création fautive d' un etat dangereux). Este no podía ser el único elemento de valoración de la relación causal, pero con carácter residual o corroborante, no merecía ser descartado pues contribuía a flexibilizar la apreciación de la prueba que solía ser tortuosa.

En el comentario al fallo aludido, Roberto Vázquez Ferreyra señala que la teoría de la causalité virtuelle se elaboró en torno a la responsabilidad civil médica precisamente porque en estos casos no existía una conexión directa y cierta entre la conducta del médico y el daño sufrido por el paciente, pero sí constaba que aquella había disminuido las posibilidades de sobrevivencia o de curación. De esta manera - explica - los tribunales se limitan a indemnizar un daño abstracto que sustituye al daño concreto sufrido. "Se trata de un artificio judicial - dice citando doctrina española (Jordano Fraga) - que responde a la repetida orientación protectora del paciente: no se puede condenar al entero importe del daño padecido porque la relación causal con la conducta del facultativo no consta suficientemente, pero tampoco parece justo dejar al paciente sin indemnización alguna; por ello se opta por una vía intermedia: indemnizar sí pero parcialmente". Por tal razón, siguiendo al mismo autor, dice que modernamente existe una orientación jurisprudencial que, superando la doctrina de la pérdida de probabilidad, llega más lejos en la libre valoración del nexo causal y consiguiente inversión de la carga probatoria del paciente: el médico responde del daño sufrido por el paciente cuando aquel daño ha ido precedido de la creación d'un risque injustifié por el profesional. Sobre tal base se presume el nexo causal entre el daño y la conducta del médico y se lo condena a la reparación integral del perjuicio (JA. 1996-IV-394).

Lo más interesante es lo que Vázquez Ferreyra dice a continuación: la orientación protectora desde la perspectiva de la carga de la prueba no se detiene allí; la presunción judicial no se refiere sólo a la culpa del médico, sino también al nexo causal, a la derivación del daño de la conducta del médico o personal sanitario auxiliar. "Este nexo causal también se presume, se deduce de las circunstancias, y también de su prueba viene por tanto, correlativamente dispensado el paciente-actor (con lo que, sustancialmente, también aquí se produce una inversión de la carga de la prueba: la incertidumbre de la prueba de la causalidad deja de ser un riesgo para el paciente, incumbiendo, en cambio, al médico o centro sanitario la muy difícil prueba contraria de que el daño deriva de una causa fortuita y ajena a su conducta".

Es por ello - continúa el autor citado - que en materia de responsabilidad médica cuando es imposible tener certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez debe contentarse con la probabilidad de su existencia; es decir, cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad. En tal sentido, en Italia una corriente jurisprudencial tiende a sustituir

el criterio de la certeza sobre los efectos de la conducta del médico o institución sanitaria por el de la probabilidad de tales efectos y de la idoneidad de la conducta para producir el daño. Cita al efecto un caso de la jurisprudencia francesa que cierta semejanza - por lo que luego diré - tiene con el caso de autos: a una mujer que acababa de dar a luz le sobrevino una infección tetánica, y, sobre la base de que los peritos médicos dictaminaron que un correcto y tempestivo tratamiento hubiera tenido un 30 por ciento de probabilidad de éxito, los médicos fueron condenados.

A juicio de Vázquez Ferreyra, entonces, el juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aún sin estar determinados de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles; es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante: "...cuando las reglas de la experiencia indiquen que un hecho debió ser causa del daño, según el buen sentido del juzgador, la relación de causa a efecto se dará por cierta".

Respondiendo a la pregunta acerca de si es lícita la presunción de causalidad, sostiene que es posible en determinados casos siempre que se proporcione un indicio de ella, suficiente para establecerla en base a la experiencia común. No se trata de invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad, sino de aliviar dicha exigencia, tesis esta que la distingue de la teoría de la causalité virtuelle. Es decir, como se dice en el fallo "Turón", sobre la base de criterios de probabilidad, tipicidad y habitualidad. En tal sentido, en el mencionado fallo el tribunal llegó a la conclusión de que había indicios probados de negligencias "abstractas" incurridas por el hospital que habían creado la creación de un riesgo injustificado, lo que llevaba a flexibilizar la apreciación de la prueba sobre la relación de causalidad, para lo cual los tribunales habían elaborado la noción de probabilidad o previsibilidad objetiva.

Como conclusión, dice Vázquez Ferreyra que la teoría de la causalidad virtual es inaceptable y la de la creación del riesgo injustificado es insuficiente si no se aportan otros datos para vincular el hecho con el resultado dañoso, pero si ciertas negligencias abstractas (p.ej.: historia clínica mal llevada, quirófano con falta de asepsia, instrumentos médicos mal esterilizados, etc.) generan una situación de riesgo de dañosidad, tales circunstancias pueden contribuir de manera coadyuvante o corroborante a tener por probada la relación causal.

La tesis del fallo "Turón" también es compartida en su comentario por Bustamante Alsina (L.L. 1996-D-23), y otros autores han destacado que la exigencia de tener que probar en forma fehaciente el nexo causal ha sido suplantada en la actualidad por una orientación "probabilística" (Mayo, Jorge y Prevot, Juan Manuel, "La relación de causalidad. Como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil", L.L. 2010 - E, p. 945).

Pues bien, aplicando estos conceptos al caso de autos tenemos: a) la certeza de que el médico demandado no cumplió con las obligaciones que impone la ciencia médica en cuanto a la atención de una paciente en el período de dilatación del proceso de parto (falta de control cada 30 minutos de las contracciones y de la frecuencia cardíaca fetal); b) no contó con la colaboración de asistentes especializadas (parteras) que pudieran llevar a cabo ese control y advertirle a tiempo sobre cualquier alteración que aconsejara actuar con rapidez; c) la historia clínica es deficiente; adolece de la registración de datos de suma importancia.

Estas circunstancias probadas de mala praxis médica deben cotejarse con el informe estadístico proporcionado por el perito médico acerca de las muertes neonatales en nuestro país (fs. 259vta., no cuestionado por las partes).

Dice el dictamen que un 74 % se deben a causas "reducibles", y entre ellas un 12,5 % "por buena atención del parto".

El otro 26 % se debe a causas "no evitables, desconocidas u otras", y más adelante dice el experto que

muchas de las causas "inexplicables" se deben a una deficiente atención durante el período dilatante, lo que incrementa la mortalidad fetal intraparto y aumenta la tasa de mortalidad tardía y por ende la perinatal. Para evitar ello - agrega - el control sirve para detectar con rapidez las complicaciones que pueden aparecer en forma inesperada y actuar de inmediato para solucionarlas (fs. 262vta.).

Asimismo, dice el perito que el 50 % de las muertes fetales se debe a la hipoxia y es dos veces más frecuente como causa de muerte fetal intraparto que preparto.

En relación a la asfixia perinatal, es claro el perito en cuanto a que su diagnóstico se realiza por la pesquisa de alteración de la frecuencia cardíaca fetal, la evaluación bioquímica del feto, la expulsión de meconio, la flujometría Doppler y el perfil biofísico. A continuación dice que se estima que en un 20 % los casos de asfixia ocurren por alteraciones previas al parto, en un 70 % en relación con el parto (período dilatante y expulsivo) y en un 10 % posteriores al mismo (fs. 263 y 266).

La información brindada por el perito médico, como dije, permite concluir que la muerte del feto se haya debido a la probabilidad cierta de la mala praxis incurrida por el profesional demandado; es decir, a la falta de control adecuado durante el trabajo de parto, que hubiera permitido detectar a tiempo cualquier alteración en la frecuencia cardíaca del niño por nacer (posible asfixia perinatal), y de esa manera actuar con rapidez para evitar la muerte. Se dan, entonces, todas las circunstancias de la causalidad adecuada presunta, conforme a la jurisprudencia y doctrina arriba mencionadas (doct. arts. 520, 901 a 906 CC.).

Hace hincapié el apelante en que no se pudo determinar a ciencia cierta la causa de la muerte porque los actores se negaron a que se realizara una autopsia. Sin perjuicio de que los actores admitieron esto último al ser entrevistados por el perito médico (fs.258vta.), es evidente que la necesidad de hacerla, el requerimiento a los padres para ello y su respuesta, por su importancia, debió ser asentado en la historia clínica, omisión que, como se ha dicho, hace pesar sobre el médico obstetra una presunción de responsabilidad. Por otro lado, como dice la sentencia recurrida, tampoco ordenó el médico un estudio hispatológico de cordón umbilical y placenta para conocer la existencia de anomalías o patologías que hubieran permitido conocer la edad gestacional del feto y descartar la muerte por parto prologando.

No puedo dejar de citar el fallo de la C.N.Civ., Sala K en autos "S., A.E. c. Hosp. Privado San Lucas S.A. y ot.", publicado en L.L. 2006-F-823, que versó sobre una situación parecida a la de autos: falta de control de los latidos del feto durante un tiempo prolongado, una cesárea tardía y un bebé nacido con paro cardiorrespiratorio en estado vegetativo que murió diez meses después. El tribunal encontró probada la culpa médica y la relación de causalidad entre ésta y el daño sobre la base de las presunciones inferidas de los indicios probados.

Asimismo, en otro caso que guarda cierta similitud la Suprema Corte de la Provincia tuvo especialmente en cuenta para dar por acreditada la responsabilidad médica que el proceder negligente de los facultativos habría privado a la paciente de una atención adecuada y oportuna que probablemente hubiera podido evitar su fallecimiento, desenlace este que normalmente no tenía lugar de acuerdo a la dolencia padecida. Se dijo también en el voto del Dr. Iteres que al médico le correspondía probar que había utilizado todos los medios apropiados para la salvación de la paciente, toda vez que era de aplicación lo que se denominaba la "carga interactiva de la prueba". Expresó también el voto que el médico había sido negligente al no ordenar una autopsia pese a que el fallecimiento se había producido en el quirófano (Ac.55.133, "Cayarga c. Clínica Privada", 22/08/95, A.y S. 1995-III-279 y J.A. 1998-III-sínt.).

Concluyo, entonces, que debe desestimarse el agravio en cuanto a la falta de prueba de la causa de la muerte del feto.

3.- Indemnización.

3.1.- Sobre el alcance del resarcimiento.

Se agravia el demandado de que no se haya tenido en consideración que, tratándose el caso de autos de una responsabilidad contractual, el límite del resarcimiento está dado por el art. 520 del C.Civil; o sea que se debe responder sólo por las consecuencias inmediatas y necesarias de la falta de cumplimiento de la obligación. Sobre esa base cuestiona que la sentencia reconozca indemnización por la pérdida de chance futura, por daño moral y por daño psicológico.

Ciertamente el vínculo que uniera a las partes con el profesional demandado fue contractual (art. 1137 y ss. C.C.). Así se desprende del relato de la demanda, y no se trata del supuesto en que la paciente haya sido atendida en un hospital público, caso en el cual la jurisprudencia de la S.C.B.A. entiende que el vínculo es extracontractual (Ac. 40.669 del 12/09/89; Ac. 45.272 del 11/08/92; Ac. 58.556 del 17/02/98; Ac. 73.594 del 19/02/02; Ac. 78.556 del 20/12/06).

El art. 521 del C.C., a su vez, prescribe que si la inexecución de la obligación ha sido maliciosa, la indemnización de daños comprende también las consecuencias mediatas. En el caso de autos no puede decirse que el incumplimiento haya sido de ese tipo (no sólo no se alegado por la actora sino que la malicia no se presume).

La cuestión a resolver es, entonces, qué debe entenderse por consecuencias mediatas, que es lo que está excluido del resarcimiento. Siendo el Código un todo orgánico y sistemático debe recurrirse al art.901, que contiene una definición, aplicable a las consecuencias en general, aún cuando esté incluido dentro del Título de los hechos ilícitos. Dicha norma define a las consecuencias inmediatas como aquellas "que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas", y a las consecuencias mediatas como las "que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto".

Esto último es el quid de la cuestión: la consecuencia es mediata cuando resulta de la conexión del hecho con un acontecimiento distinto. Por consiguiente, si ello es lo que lo define no se advierte por qué el daño moral y el psicológico no serían consecuencias inmediatas o directas del incumplimiento de la obligación. Llevada esta reflexión al caso de autos me parece evidente que el sufrimiento de los padres con motivo de la muerte del hijo que esperaban antes de nacer (causado por la mala praxis incurrida por el demandado) es una consecuencia inmediata y directa de ello dado que no deriva de la conexión con un hecho distinto. Lo mismo puede decirse del daño psíquico derivado de esa desgracia, más allá de que, como diré más adelante, comparto la corriente jurisprudencial y doctrinaria que entiende que el mismo no tiene autonomía.

Es cierto que el daño moral no se presume en la responsabilidad contractual y que el art. 522 del Código lo deja librado a la discrecionalidad judicial "de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y demás circunstancias", pero ello nada tiene que ver con el encuadramiento de ese daño como consecuencia mediata. No es admisible la tesis del apelante de que el art. 522 se "enmarca" en la "norma básica" del art. 520. Si fuera así el art. 522 sería sobreabundante y además no surge ello del texto literal de dichas normas. Queda por analizar sólo si la pérdida de chance de ayuda futura del hijo que naciera muerto puede ser considerada una consecuencia mediata en los términos ya explicados.

Argumenta al respecto el apelante que debe ser considerada de esa manera dado que su existencia está condicionada a diversos hechos que deben darse: que el niño naciera sano, que creciera sano, que los actores continuaran viviendo un tiempo suficiente como para recibir ayuda, que el niño pudiera crecer y obtener ingresos suficientes como para ayudar a sus padres, etc. (fs. 365vta.).

Entiendo que a primera vista es así: en la medida que se habla de una hipotética pérdida de ayuda futura parecería que muchas cosas tienen que darse en el camino de la vida, tanto de los padres como de los hijos, como para que sea necesario que aquellos reciban ayuda económica de estos. Pero si profundizamos en el concepto de pérdida de chance advertimos que lo que se indemniza en estos casos es sólo la posibilidad que los padres perdieron de que el hijo los ayudara en su edad madura (S.C.B.A., Ac. 36.773, Ac. 52.947). Tal pérdida de chance o de posibilidad, como tal, es una consecuencia directa de la muerte del hijo concebido. Es que no se indemniza - reitero - la pérdida de ayuda sino la chance que se perdió.

No se me escapa que esta interpretación seguramente no estuvo en la mira de Vélez Sarsfield (que ni siquiera contempló el daño moral en el caso de incumplimiento contractual), y posiblemente tampoco en los autores de la reforma de 1968. Es que en realidad la reglamentación de la responsabilidad contractual se pensó para el incumplimiento prestacional típico (falta de pago, no entrega de la cosa comprometida, falta de escrituración, etc.), pero no para los casos del incumplimiento de sus deberes por parte de los médicos, lo que guarda más puntos de semejanza con la responsabilidad extracontractual y de ahí que tantos conflictos genera la aplicación a los mismos del régimen contractual (v.g.: prescripción de la acción, mora para el cómputo de los intereses, etc.) Dicen al respecto Jorge Mayo y Juan Manuel Prevot en el trabajo citado en el apartado anterior que muchos de los remedios ideados para los contratos se vuelven "inverosímiles" en materia de responsabilidad civil médica, además de ser fuente creadora en cuanto a teorías sobre la causalidad y carga de la prueba.

No obstante, obligados a tratar la responsabilidad civil médica dentro de la contractual, considero que la interpretación que he formulado es la que mejor se compadece con el principio de la reparación integral, y con la satisfacción del derecho a la reparación, al que la Corte Suprema de la Nación ha dado jerarquía constitucional, ciertamente no limitando los efectos que de ello se derivan a la responsabilidad extracontractual (doctrina de los casos "Santa Coloma", Fallos: 308:1160; "Gunther", Fallos: 308:1118; "P.E.F. c. Ferrocarriles Argentinos", L.L. 1995-E-17; "Aquino", Fallos: 327:3753; "Díaz c. Viaspa S.A", Fallos: 329:473; "Arostegui", Fallos: 321:570), doctrina esta seguida por la Suprema Corte provincial (Ac. 85.129, "C., L. A. c. Hosp. Zonal de Agudos Manuel Belgrano", 16/05/07; también: Sala 1 de esta Cámara, causa n° 110.669 del 12/06/07, pub. en L.L. Bs. As. 2007 (agosto), p. 749, con com. de Trigo Represas). Una interpretación contraria conduciría, por aplicación de dicha doctrina a la inconstitucionalidad del art.520 del C.C., solución a la que no debe arribarse si existe una interpretación que salve la validez de la norma; es decir si existe una interpretación conforme a la Constitución. La declaración de inconstitucionalidad, como es bien sabido, es la última ratio del orden jurídico.

Entiendo, en consecuencia, que el agravio debe rechazarse.

3.2.- Montos resarcitorios.

3.2.1.- Pérdida de chance de ayuda futura.

Ambas partes se agravian del monto fijado por este concepto, claro que por razones opuestas.

Como anticipé en el apartado anterior, lo que se indemniza en estos casos es meramente la pérdida de la chance de que en el futuro los padres sean asistidos o ayudados económicamente por sus hijos en caso de que lo necesiten. Por ello se ha dicho que, normalmente, cuanto más pobres o de escasos recursos son los padres mayores son las posibilidades de que necesiten de esa ayuda. Ese supuesto se da en el caso de autos, conforme surge del Beneficio de Litigar sin Gastos que corre por cuerda (al momento de tramitarlo vivían de un "Plan Trabajar"). Pero también hay que tener en cuenta que cuando existen otros hijos estos también podrán ayudar a sus padres, de manera que la pérdida de satisfacción de esa necesidad disminuye considerablemente.

Según surge del informe pericial psicológico de fs. 235/38 la actora tiene una primera hija de una relación anterior (al día de hoy de 17 años) y ambos tienen tres hijos en común (actualmente de 7, 6 y 3 años), lo que, de acuerdo a lo dicho, disminuye la cuantificación de la pérdida de chance sufrida. Teniendo en cuenta tal circunstancia, que en el caso de autos el niño no llegó a nacer, lo que surge de fs. 310/311 y lo fijado en casos similares, propongo reducir el monto indemnizatorio en la suma de PESOS QUINCE MIL (\$ 15.000; arts. 1079, 1083, 1985 y cctes. C.C.; art.165 C.P.C.C.).

3.2.2.- Daño moral y daño psicológico.

Trato ambos conjuntamente dado que, como anticipé, entiendo que el daño psicológico no tiene autonomía. Como ha dicho la casación provincial no existe un tercer género, el daño es patrimonial o extrapatrimonial (Ac. L. 81.159 del 27/11/02, Ac. 77.461 del 13/11/02, Ac. 58.505 del 28/04/98, Ac. 64.248 del 8/09/98, AC. 79.853 del 3/10/01, entre otras). Ello no quiere decir que no se indemnice el daño sufrido en la esfera psíquica. Por el contrario se lo tiene especialmente en cuenta para cuantificar el daño moral si, conforme a la prueba pericial producida, ello ha incidido o incide en la esfera espiritual, afectiva y en la vida de relación social, y, asimismo, si se ha acreditado que padece un trauma psíquico que disminuye sus aptitudes laborales o de realizar actividades económicas, se lo evalúa para cuantificar la incapacidad sobreviviente (Sala 1 Dep., causas n° 108.706 y 108.707 del 14/10/04, 108.415 del 31/08/04, 109.549 del 7/10/05, 109.519 del 9/08/05, 110.993 del 22/05/07, 112.796 del 10/12/96, 112.798 del 16/2/2010, entre otras).

En el caso de autos, de una atenta lectura de la pericial psicológica de fs. 235/38 y ampliación de fs. 255 concluyo que el hecho de autos (especialmente el nacimiento del bebé nacido muerto) ha afectado especialmente a la actora en la esfera afectiva, con secuelas emocionales que todavía perduran. No advierto, en cambio, que le hayan provocado una incapacidad laboral, ni tampoco se ha producido prueba idónea al respecto. Respecto del actor, es claro el informe en cuanto a que ha procesado el hecho de otra manera, no padeciendo un trauma psíquico por ello (arts. 474 y 384 C.P.C.C.).

Teniendo en cuenta lo expuesto, las circunstancias del caso, lo que surge de fs.310/311 y la índole del hecho generador de la responsabilidad, propongo fijar la suma de \$ 60.000 para la actora Peña y la suma de \$ 20.000 para el actor Alonso (art. 522 C.C., art. 165 C.P.C.C.).

3.2.3.- Tratamiento psicológico.

Se agravia la actora del monto fijado por tratamiento psicológico argumentando que lo informado por la perito arroja una suma mayor. Evaluando el informe pericial, discerniendo el tratamiento que puede responder a la personalidad de base de la actora y lo que es atribuible al hecho de autos (art. 474 C.P.C.C.), estimo razonable elevar el monto fijado a la suma de \$ 10.000 (art. 165 C.P.C.C.).

En cuanto al coactor es claro el peritaje en cuanto a que no necesita tratamiento psicológico debido al hecho de autos, sino por otros motivos (fs. 238, art. 474 C.P.C.C.), por lo que entiendo que debe confirmarse lo decidido al respecto.

VI.- Costas.

Si mi voto es compartido, las costas impuestas en primera instancia deben confirmarse (art. 68 C.P.C.C.), y las de segunda instancia deben estar a cargo del demandado apelante, quien resulta sustancialmente vencido (art. 68 C.P.C.C.).

Con las modificaciones propuestas, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA PRIMERA CUESTION: El Sr. Juez Dr. Luis Tomas Marchió dijo:

I.- A fin que quede conformado el imprescindible acuerdo para así configurar el pronunciamiento de esta Cámara en el caso; adhiero íntegramente al voto de mi distinguido colega preopinante Dr. Ibarlucía. Esto, empero, no me veda, mas allá y por debajo de la plena adhesión a su voto, efectuar algunas puntualizaciones que estimo pertinentes.

II.- En cuanto al tema de la responsabilidad, quiero rescatar que con mi voto en primer término esta Sala II -en cuya secretaría se desempeñó durante mas de dos décadas la Sra. Jueza que suscribe la sentencia apelada- dejó establecido que: a) Conforme lo viene diciendo esta Sala, la responsabilidad médica normalmente -como en el caso, en que se trata de un damnificado directo- es de origen contractual; y aflora la obligación de resarcir, cuando el obrar culpable del médico -a tenor del art. 512-, guarda adecuada relación de causalidad con el resultado lesivo (doct. Arts. 902, 906, 1069, 1109 y conos. Del mismo plexo legal; SCBA en causa Ac. 43594, entre varias; esta sala en expdte. N° 16141 y 20272). La responsabilidad médica en todos los casos debe quedar perfilada con nítidos contornos. (Expdte. n° 20552 del 02-04-02). Tal es el caso de autos.

III.- Siempre en lo atinente al encuadre legal de la responsabilidad médica, coherentemente hemos dicho, empero que: b) Tiene dicho esta Sala, que la responsabilidad médica tiene normalmente fuente contractual, y sólo excepcionalmente puede serlo delictual o cuasidelictual. Esto último sucede... en supuesto en que la acción resarcitoria es entablada por damnificados indirectos que no revisten la calidad de contratantes (con voto en primer termino del Dr. Saralegui, al cual adherimos el Dr. Bagattin y el infrascripto en expdte. n° 20272 del 28-02-02)

IV.- En lo tocante a la relación de causalidad, estimo que en la especie, la recta y afinada aplicación de la teoría de la causalidad "adecuada" que adopta el Código Civil (doc. de sus arts. 901, 906 y concs.), tal como ha sido aludida tanto en la sentencia en recurso como en el voto precedente; abastece en forma suficiente la conclusión a la cual en ambos pronunciamientos se alude en orden a la responsabilidad del galeno codemandado. No obstante esta aclaración, lo explicito por si menester fuere, ella no opaca mi plena adhesión a todo cuanto sobre la relación de causalidad se dice en el voto que antecede.

V.- En la parcela referida a la "prueba" también con mi voto en primer término esta Sala tiene dicho que: a) En otro antecedente de esta Sala (pero de diversa estructura fáctica) en el cual me tocó expedirme en primer termino, negamos la existencia apriorística de una inversión de la carga probatoria, la que sólo operaria en casos en que para el reclamante media dificultad para obtener la prueba pertinente, y lo hicimos en estos términos: "En principio, cuando realmente existe una dificultad de envergadura dimanante de la naturaleza misma de los hechos y sus circunstancias, por conducto de la sana crítica que al juzgador le confiere la ley adjetiva entra a jugar la teoría de las pruebas leviores, al influjo de la cual el órgano jurisdiccional, en un escalón menor de certeza moral, puede tener por acreditado un hecho sin que medie prueba acabada al respecto; poder que se transforma en un deber cuando concurren las circunstancias adecuadas. Pero la carga probatoria en cabeza de quien reclama, permanece intacta. Ya hemos hecho aplicación de este principio con anterioridad (ver expdte. 13534 del 27-10-92, con mi voto en primer termino)" Y agregué que: "En materia de responsabilidad medica, p. ej., doctrinariamente se admite la aplicación de esta teoría en los casos de las intervenciones quirúrgicas, en razón del secreto del quirófano al cual solamente acceden el equipo médico- quirúrgico y el sujeto a intervenir (expdte. de esta Sala 15086 del 06-12-94); todo esto fue dicho en expdte. n° 16.141 del 13-02-97.-

VI.- A lo recientemente rescatado, hemos agregado, también con mi voto en primer termino que: b) Debe quedar en claro que la carga probatoria pesa sobre la parte actora. Lo cual, no obstante, no impide la aplicación de la teoría de las pruebas "leviores", ni la de las "cargas probatorias dinámicas", según concurren las circunstancias que sustentan la aplicación de una u otras (doc. asimismo de los arts. 375 y 384 de la ley adjetiva). Esto fue dicho en expdte. 20552 del 02-04-02.-

VII.- Siempre en el afán de demostrar que mi adhesión al voto del Sr. Juez preopinante guarda coherencia con lo que desde hace años vengo sosteniendo, agrego que en todo lo relativo al valor probatorio de la historia clínica, con mi voto en primer término esta Sala ha sostenido que: a) Resulta adecuado afirmar que mediando en la historia clínica omisiones comprobadas, nadie mejor que quien la suscribió esta en condiciones de aportar los elementos necesarios para disipar las dudas generadas por dichas omisiones, y por ende debe cargar con las adversas consecuencias de haber incurrido en ellas; abriendo paso, además, a ese escalón menor de la certeza moral que es propio de las pruebas "leviores" (doc. arts. 375 y 384 del CPCC). Las dudas que en el ánimo del perito pudo haber infundido la omisión de datos necesarios en la historia clínica, con relación a hechos sucedidos en el quirófano y en el seguimiento ulterior del paciente, deben recaer sobre el cirujano actuante. La historia clínica debe registrar: ...toda la atención prestada al paciente, constituyendo un documento íntegro debidamente identificado, que redundara en una atención oportuna y de buena calidad..., sirve como instrumento para planificar la atención del paciente y asegurar su continuidad, proporcionando un medio de comunicación entre el médico y otro personal de salud que participa en la atención; es una evidencia documentada del curso de la enfermedad y del tratamiento; es base de estudio y evaluación de la calidad de atención prestada... A estas finalidades se agrega, cada vez con mayor relevancia... su función de instrumento de protección de los intereses tanto del establecimiento como del paciente y del cuerpo médico... tiene también un fin de protección de los intereses legales de los profesionales, ya que lleva a demostrar la importancia que la historia clínica completa, sistemática, metódica, legible, prolija, detallada y sin omisiones adquiere en cuestionamientos de responsabilidad médica. (Expdte.n° 16141 del 13-2-97).

VIII.- Asimismo, y siempre con referencia a la historia clínica, con voto en primer término del Dr. Saralegui, al cual adherimos el Dr. Bagattin y el infrascripto dijimos que: b) Cualquier duda al respecto debe perjudicar a la demandada, en tanto las notorias falencias de la historia clínica -no hay en ella otra constancia del seguimiento o control de la sintomatología referida, amén de que al ser secuestrada faltaba una hoja....- configura elemento de juicio que se aúna a los restantes para persuadir de la negligencia en la prestación asistencial (Vazquez Ferreira, ob. Cit., pags. 223/238; esta sala en expdte. n° 16141 con primer voto del Dr. Marchio). Esto fue dicho en expdte. 18.271 del 08-04-99.-

IX.- Con respecto a la pretensa autonomía del rubro "d año psicológico" debo señalar que no es correcta la sistemática que le asigna autonomía resarcitoria; ni la de incluir en el mismo a los "gastos de tratamiento" psicológico. Discrepo en esto con la Sra. Jueza de primera instancia, y por ello adhiero al voto del distinguido colega preopinante. Al respecto me voy a permitir rescatar -en lo que aquí interesa-, lo dicho también con mi voto en primer término en expdte. de esta Sala n° 17767 del 28-5-98, publicado en Jurisprudencia Argentina, revista n° 6164 del 20/10/99, pag. 66 y siguientes (con nota del Dr. Santiago J. Rubinstein), sobre la base de la doctrina legal de la Excma. SCBA en cuanto a que la vida humana no obstante ser el más eminente de los valores no es "per se" susceptible de apreciación pecuniaria.

X.- Dijimos en dicho pronunciamiento que: "...Las lesiones psíquicas que integran el amplio capítulo de la sinistrosis, carecen de autonomía; pero no por ello desaparecen del mundo resarcitorio puesto que son susceptibles de configurarse ya como un daño patrimonial indirecto, al afectar la aptitud productora de bienes, ya como un daño no patrimonial directo, al internarse en el territorio del daño moral, o en ambos a la vez..."

XI.- En cuanto a la pérdida de la "chance" de una ayuda futura, coincido plenamente con el Dr. Ibarlucía en cuanto a que se trata de una consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación, en los términos del art. 520 del C. Civ. Ello, porque siguiendo las enseñanzas del insigne maestro cordobés ya desaparecido, ALFREDO ORGAZ lo que se resarce en estos casos es (como lo pone en relieve el Dr. Ibarlucía) la chance misma. (En su obra, "El Daño

Resarcible", Ed. Marcos Erner Editora Cordoba, 1980, pto. 29 pag. 66vta y 67; esta Sala en expdte. 24119 del 17-8-2006 entre muchos en igual sentido). Si bien en ese y otros precedentes aludí a que el maestro ORGAZ aludía a que los tribunales eran reacios a otorgar este resarcimiento en los casos de niños de muy corta edad, porque la "chance" era mas remota ("a fortiori" lo sería en el caso de autos en que no medió nacimiento con vida); hoy en día no es este el parecer de la Excma. SCBA en lo tocante a la muertes de niños de muy corta edad (conf., entre otros: SCBA en Ac. 51706 del 27-9-1994; Ac. 57081 del 7-9-1995; Ac. 83961 del 1-04-2004), tesis que acato al adherir también en esto al voto del Dr. Ibarlucía.

Finalizo reiterando que adhiero íntegramente al voto del Dr. Ibarlucia, y como el lo hace, (con las salvedades que puntualiza), me expido por la AFIRMATIVA.-

A LA SEGUNDA CUESTION: El Sr. Juez Dr.Emilio Armando Ibarlucia dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Confirmar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda.

2°.- Modificar los montos indemnizatorios de la siguiente manera: a) \$ 15.000 para ambos actores por perdida de chance de ayuda futura, b) \$ 60.000 para la actora María Luján Peña, y \$ 20.000 para el actor Ricardo Luis Alonso por daño moral, comprensivo del daño psicológico; c) \$ 10.000 por tratamiento psicológico para la actora María Luján Peña.

3°.- Confirmar la imposición de costas de primera instancia, e imponer las dealzada al demandado apelante.

ASI LO VOTO.-

A LA MISMA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Luis Tomas Marchió, por análogas razones, dio su voto también en el mismo sentido.-

Con lo que se dió por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA:

Mercedes 12 de agosto de 2011.-

Y VISTOS:

Que en el acuerdo que precede ha quedado establecido:

Que la sentencia de fs. 326/45 ES JUSTA.-

POR ELLO, y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede SE RESUELVE:

1°.- Confirmar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda.

2°.- Modificar los montos indemnizatorios de la siguiente manera: a) \$ 15.000 para ambos actores por perdida de chance de ayuda futura, b) \$ 60.000 para la actora María Luján Peña, y \$ 20.000 para el actor Ricardo Luis Alonso por daño moral, comprensivo del daño psicológico; c) \$ 10.000 por tratamiento psicológico para la actora María Luján Peña.

3°.- Confirmar la imposición de costas de primera instancia, e imponer las de alzada al demandado apelante.

4°.- REGISTRESE. NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.-

Fdo.

Sres. Jueces Dres. Emilio Armando Ibarlucia y Luis Tomas Marchió.

Secretaria Dra. Margarita Bassi de Amarfil.-